

Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente

JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

Ministro aposentado do STJ. Ex-Subprocurador Geral da República. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem

RESUMO: A utilização da arbitragem, como sistema de resolução de pendências domésticas e internacionais, ainda não foi bem assimilada por certos órgãos do Poder Judiciário, que entendem que a mesma implica uma usurpação da sua jurisdição una e privativa. Deste entendimento têm surgido conflitos entre as jurisdições arbitral e estatal. Precedente do STJ, adotando posição favorável à arbitragem, entendeu prevalecente a decisão do órgão arbitral, se já instaurada a arbitragem. Este avanço certamente dá mais efetividade à Lei 9.307/1996, como demonstrado pelo autor neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Poder Judiciário – Conflito de competência.

ABSTRACT: The use of arbitration, as a method for the resolution of international and domestic disputes, has not yet been well assimilated by certain members of the Judiciary Power, which understand that it steals their indivisible and exclusive jurisdiction. Such understanding has been giving rise to conflicts between arbitral and State jurisdictions. A precedent of the Superior Court of Justice, adopting a pro-arbitration bias, understood that the arbitral award prevails whenever the arbitration proceeding has already begun. This development certainly gives Law 9.307/1996 more effectiveness, as demonstrated by the author in this paper.

KEYWORDS: Arbitration – Judiciary Power – Conflict of jurisdiction.

SUMÁRIO: Notas introdutórias – 1. Arbitragem: sistema de resolução de pendências – 2. Resistência de órgãos judiciários a decisões que não provenham dos seus quadros – 3. Caso concreto: conflito entre as jurisdições: 3.1 Conflito positivo de competência: configuração – 4. Suscitação do conflito com base no art. 105, I, d, da CF/1988: 4.1 Indeferimento da liminar – 5. Pontos relevantes da decisão: 5.1 Avanço para dar efetividade à lei de arbitragem – 6. A arbitragem não quebra o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal: 6.1 Controle ulterior da sentença arbitral: limites – 7. Prevalência do juiz arbitral se

instaurada a arbitragem: 7.1 As jurisdições estatal e arbitral “são complementares no limite de suas competências” – 8. Conclusão.

NOTAS INTRODUTÓRIAS¹

Antes, quero externar sinceros agradecimentos pela honraria de participar do 1.º Seminário Internacional de Mediação e Arbitragem, a convite do seu coordenador, Dr. Arnaldo Wald Filho, e sob os auspícios da OAB-SP, Fundação Armando Alvares Penteado e da TAM.

Convém, ainda, destacar a feliz iniciativa de encontro dessa grandeza, em que figuras exponenciais representativas desse especial ramo do conhecimento jurídico vêm expor os seus estudos, preocupações e experiências com vistas a infundir no meio acadêmico, entre profissionais do direito e empresários, o valor e a necessidade da utilização mais amiúde da arbitragem, recém introduzida, com traços nítidos, no nosso repositório de normas positivas.

1. ARBITRAGEM: SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE PENDÊNCIAS

Sabemos que a arbitragem encerra um sistema de resolução de pendências intersubjetivas na seara do direito das concessões, dos contratos de construção, do direito comercial, enfim, relações na órbita societária e, *pari passu*, nas relações internacionais, nomeadamente no que atina com os financiamentos, exportações, importações, investimentos...

Países desenvolvidos têm procurado dar impulso à arbitragem por se revelar uma instância alternativa à realização jurisdicional do Estado, comprovadamente demorada, como ocorre no Brasil, não só por entraves processuais, como também pelo invencível volume de demandas (tramitam em todo o país, nas várias instâncias, cerca de 70 milhões de processos), máxime após a Constituição Federal de 1988.

Pois bem, caberia, ao ser indicado para encerrar o Painei, tecer considerações em derredor dos temas e explanações ao encargo dos ilustres palestrantes Min. Fátima Nancy Andriighi, Min. José Antonio Dias Tofolli, Prof. Heleno Tôrres, Dr. Marcelo Vieira e Prof. Alexandre Nishioka. Escapei à risca, antes porque, decerto, diria menos o

1. Palestra proferida no 1.º Seminário Internacional de Mediação e Arbitragem da OAB-SP. São Paulo, 21.08.2009.

que expressaram ou não faria uma análise exata, ainda que perfunctória, sobre os aspectos que escorreita e apropriadamente versaram.

Sobre o tema a que se me atribuiu para abordar, poderia constituir-se em pura inteligência, posto *de lege ferenda*; não o abordando de todo, propendi a trazer um tópico que entendo relevante: jurisdição estatal e jurisdição arbitral – aparente conflito.

2. RESISTÊNCIA DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS A DECISÕES QUE NÃO PROVENHAM DOS SEUS QUADROS

À lembrança, ocorreu um caso em que atuei na condição de Procurador Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Certa empresa começou a negar matéria-prima a outra com vistas, constatou-se a *posteriori*, a estancar a sua produção.

Propusemos junto ao Cade medida cautelar para restabelecer, de pronto, o fornecimento dos insumos.

Acolhida a pretensão pelo Colegiado do Cade, a empresa fornecedora acenou para o Judiciário, e o Juiz Federal cassou a medida cautelar do Conselho à alegação de que não cabia ao Cade conceder provimento cautelar.

Ao longo da atuação profissional, deparamos com situações em que o magistrado, preso ao preceito do monopólio da jurisdição, de matriz constitucional, entende que a jurisdição se concentra exclusivamente no Poder Judiciário. Em linha de princípio, revela-se certa resistência em acolher decisões que não provenham dos seus quadros.

3. CASO CONCRETO: CONFLITO ENTRE AS JURISDIÇÕES

Vamos a um caso concreto com o qual colegas e eu nos defrontamos recentemente.

Duas empresas pactuaram contrato de parceria.

Em curso a execução do acordado, uma delas, fundada em descumprimento do referido contrato, ingressou com medida cautelar perante o MM. Juiz de 1.º grau, logrando êxito para afastar a outra da gestão do consórcio e liberar valores. Sobrevindo agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, para o Tribunal de Justiça, em que se comprovou existência de convenção de arbitragem, nos termos da cláusula compromissória arbitral, prevista no predito contrato

de parceria, e pugnou-se pela extinção da ação, sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VII, do CPC.

O relator concedeu efeito suspensivo ao agravo, em juízo prévio. Foi, então, apresentado ao Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio, pedido de instituição de arbitragem, vindo, a seguir, a instalar-se Tribunal Arbitral e instaurada a arbitragem.

Informado o Tribunal de Justiça e reiterando-se a alegação de competência do Tribunal Arbitral para dirimir a controvérsia, impondo-se a extinção da ação, em juízo, a Corte Estadual não só afastou a preliminar de convenção de arbitragem, como cassou o efeito suspensivo e deu-se por competente, negando provimento ao agravo.

3.1 *Conflito positivo de competência: configuração*

O quadro passou a ser este: de um lado o Tribunal de Justiça declarou-se competente, e do outro, o Tribunal Arbitral decidiu deter plena, válida e eficaz *jurisdição* para decidir sobre todo e qualquer litígio ou divergências entre as partes envolvidas na arbitragem, oriundas ou relativas aos contratos de parceria e de consórcio, inclusive a concessão de medidas de urgência, e suspendeu os efeitos do provimento liminar concedido no âmbito da medida cautelar pelo juiz e mantida pela Corte de Justiça, em relação às partes figurantes na arbitragem.

E vem a indagação: configurar-se-ia, no caso, conflito de competência, como previsto no art. 105, I, *d*, da CF/1988 a ser processado e julgado pelo STJ?

Pelos precedentes dos Tribunais Superiores, estar-se-ia diante de conflito positivo de competência entre órgão judicial e órgão que não integra os quadros do Poder Judiciário? O conflito desembocaria no não conhecimento?

Um instrumento processual haveria de socorrer à parte sucumbente, sob pena de negar-se-lhe a tutela jurisdicional que se irradia inexoravelmente do direito de ação insculpido no inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988.

4. SUSCITAÇÃO DO CONFLITO COM BASE NO ART. 105, I, *d*, DA CF/1988

Alvitrou-se por deduzir conflito positivo de competência perante o STJ com esteio na alínea *d* do inc. I do art. 105 da CF/1988, para tanto, incursionando pela doutrina e por julgados mais recentes, após

o advento da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) e da assinatura, pelo Brasil, da Convenção de Nova York, em 2002, único instrumento a fazer cessar a invasão de competência sobre o Tribunal Arbitral, e se fez vazada nestes termos, nos pontos que importam:

“(…)

23. O conflito de competência é instrumento processual de controle de competência. Competência, como ensina Cândido Dinamarco, é ‘o conjunto de atribuições jurisdicionais de cada órgão ou grupo de órgãos, estabelecidas pela Constituição e pela lei’.² E o árbitro exerce jurisdição.

24. Diversos artigos da Lei 9.307/1996 atribuem à arbitragem caráter jurisdicional: Art. 18: ‘o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário’; art. 31: ‘a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo’; art. 8.º, parágrafo único, e art. 20, os quais asseguram ao árbitro decidir, em primeiro lugar, sobre a existência e eficácia da cláusula compromissória arbitral, em corolário ao princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*).

25. Assim, o Tribunal Arbitral se reveste de natureza jurisdicional, como destaca a doutrina, à luz dos referidos dispositivos legais:

Arnoldo Wald:

‘A Lei 9.307/1996, inclusive, seguindo o exemplo das mais modernas legislações estrangeiras sobre a arbitragem, reconhece, expressamente, a natureza jurisdicional da atividade arbitral no art. 31, ao equiparar a sentença arbitral ao título executivo judicial.’³

Nelson Nery Junior e Rosa Nery:

‘Jurisdição arbitral. A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. 1, p. 423.

3. WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 18/295. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2002.

concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. (...) A LArb não deixa dúvida quanto ao caráter jurisdicional da decisão do árbitro, pois a denomina de sentença e lhe confere eficácia de título executivo judicial.’⁴

Sérgio Bermudes:

‘Evita-se aqui, propositalmente, discutir se o juízo arbitral integra, ou não, o Poder Judiciário. Mantenha-se, em consequência, a dicotomia da Lei 9.307, que distingue o juízo arbitral do órgão do Poder Judiciário (...). A verdade, entretanto, é que o juízo arbitral, composto por um árbitro, ou mais de um, exerce, efetivamente, a jurisdição. O art. 475-N, IV, do CPC, resultando do art. 2.º da Lei 11.232, de 23.12.2005, inclui a sentença arbitral entre os títulos executivos judiciais.’⁵

Pedro Batista Martins:

‘O texto normativo expressa, sim, a essência jurisdicional devotada pelo legislador à atividade arbitral. Volta-se para os elementos intrínsecos da função exercida pelo árbitro. Função essa eminentemente jurisdicional. (...) O dispositivo é expressão da jurisdicionalidade da arbitragem.’⁶

26. Também neste sentido decidiu o STF, ao reconhecer a ‘completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à sentença judicial, pela nova Lei de Arbitragem’, ‘sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária’.⁷

27. Portanto, não se pode negar o caráter jurisdicional da arbitragem e, assim, que o Tribunal Arbitral é um órgão jurisdicional.

4. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código Processo Civil comentado*. 9.ed. São Paulo: Ed. RT, p. 1167 e 1169.
5. BERMUDES, Sérgio. Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 378.
6. BATISTA MARTINS, Pedro A. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 218.
7. STF, AgRg na SE 5.206, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

Consequentemente, se subsume aos mecanismos de controle e preservação de competência, dentre os quais, o conflito de competência, previsto no art. 115 do CPC, como conclui Sergio Bermudes:

‘Decisões do Poder Judiciário que interferissem no funcionamento de um juízo arbitral, determinariam alguma atitude do juízo arbitral (...) Possível atitude seriam os recursos. (...) Outra opção, que se abriria ao juízo arbitral, consiste na possibilidade de suscitar conflito de competência, que pode ser arguido pelo próprio juiz da causa (art. 118, II, do CPC). No momento em que o órgão do Judiciário se desse por competente para deliberar sobre o curso de um processo arbitral, haveria inequívoco conflito de competências, porquanto ele estaria exercendo poderes de condução do processo, exclusivos dos árbitros.’⁸

28. Registre-se, neste sentido, quanto ao cabimento do conflito de competência entre jurisdição estatal e jurisdição arbitral, precedente do STJ, CComp 77.848/MG, suscitado pelo Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI), no qual foi proferido parecer pelo Ministério Público Federal favorável à configuração do conflito e à competência do juízo arbitral, mencionando entendimento desta Corte Superior no sentido de que ‘o árbitro possui poderes idênticos aos de um juiz togado, cabendo-lhe solucionar eventuais divergências ou litígios ocorridos ao longo do compromisso arbitral’.⁹

29. Assim, no caso aventado, não se podia negar a ocorrência de conflito de competência, na forma do art. 115 do CPC, diante de decisões, de um lado, da 1.^a Vara Cível da Comarca de Maceió e do TJAL e, de outro lado, do Tribunal Arbitral, declarando-se, ambos, competentes para a mesma ação.

4.1 Indeferimento da liminar

Distribuído, o conflito de competência tomou o n. 106.121, sob a relatoria do eminente Min. Aldir Passarinho Junior.

Em juízo prévio, indeferiu a liminar por entender:

a) que o acórdão do Tribunal de Justiça não alterou ponto algum da avença, nem declarou a incompetência da Corte Arbitral, “senão

8. BERMUDES, Sérgio. Op. cit., p. 380-381.

9. Esse conflito de competência não chegou a ser julgado, em razão de acordo havido entre as partes, que o tornou prejudicado.

reafirmada a possibilidade, estabelecida nas cláusulas 15.1 e 15.7 do ajuste, de o Poder Judiciário prestar a Jurisdição quanto às medidas preparatórias para a instauração da arbitragem”;

b) inexistem, no caso, decisões conflitantes entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral, “porque são complementares as funções de ambos os entes julgadores, atuando no limite de suas competências, conforme previsto pelas partes no contrato”. E arrematou: “na medida preparatória, a parte requerente demonstrou possuir os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* indispensáveis à concessão da liminar, cujo provimento determinou a administração de bens e bloqueio de valores, portanto, transferiu precariamente parcela do patrimônio das suscitantes até que o mérito da demanda seja decidido pelo Tribunal Arbitral”;

c) e acentuou que a medida possui, inegavelmente, caráter executório antecipado, de competência exclusiva do Poder Judiciário, “e deve persistir até que, eventualmente, conclua a arbitragem em sentido contrário”, trazendo a cotejo o precedente do STJ (REsp 944.917, 3.^a T., v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 03.10.2008), que admitiu que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título.

5. PONTOS RELEVANTES DA DECISÃO

Sem dúvida, malgrado em sede de juízo de mera delibação, a decisão lavrada no conflito está à altura dos novos tempos em que transformações ocorrem no tocante à titularidade no exercício da jurisdição, esta entendida como aplicação do direito ao caso concreto, sendo considerada “válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária”.

Dois pontos dessa decisão ressaem em relevância:

1. viabilidade de instaurar-se conflito de competência entre atos decisórios provenientes de juízo arbitral e de órgão judicial, ou seja, nos termos do art. 105, I, d, da CF/1988, os órgãos judicantes referidos no seu texto não são apenas os do Poder Judiciário, e o STJ não poderia furtar-se a examiná-lo, oferecendo o instrumento adequado à pacificação do embate de interesses, sob pena de esvaziar-se o objetivo da Lei de Arbitragem;

2. condicionou a manutenção da eficácia da decisão judicial até o pronunciamento de mérito que viesse a ser proferido pelo órgão arbitral, reconhecendo, portanto, prevalência, quando instaurada a arbitragem, do veredicto daí proveniente sobre o édito do colegiado integrante do Poder Judiciário.

5.1 Avanço para dar efetividade à lei de arbitragem

Em resumo: um acentuado avanço para dar efetividade ao propósito da Lei de Arbitragem.

À vista desse posicionamento, a parte autora da medida cautelar entrou em acordo com a suscitante do conflito e este perdeu objeto, o que impediu que a 2.^a Seção do STJ, na sua composição colegiada, manifestasse, em definitivo, a sua diretriz sobre esse tópico e outros correlatos.

6. A ARBITRAGEM NÃO QUEBRA O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Regra de máxima amplitude, o inc. XXXV do art. 5.^o da CF/1988 preconiza que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo evidente que não cogita só de lei, mas também abrange os atos dos agentes públicos, que tencionem obstar o acesso à Justiça. Esse acesso formal aos órgãos judiciários não impede que o legislador – não o afastando, por vedação constitucional – possa fixar um novo modelo de solução de litígios antes de eventual ingresso em juízo, uma instância alternativa em ordem a poder se observar outro ditame de matriz constitucional: a resolução de pendências em tempo razoável, sem quebra do sistema.

A propósito, cabe aqui relembrar a lição do Prof. Sidnei Agostinho Beneti, Ministro do STJ:

“O conceito de um sistema bem mostra a ideia de um todo, e um todo congruente em si. Esse sistema é como que um microssistema, integrando um outro sistema jurisdicional, que é o sistema tradicional de legislação do serviço público de justiça. Assim, trata-se de alguma coisa que se fecha em princípios e postulados próprios. Abre-se uma brecha na atividade de serviço da justiça tradicional, e se transfere para um novo organismo, que compõe esse sistema no organismo jurisdicional geral, a competência para conhecer e julgar determinados

tipos penais” (Escola Nacional de Magistrados – Simpósio em Belo Horizonte em 28.10.1995. Joaquim Cabral Neto. *Instituições de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 473).

6.1 Controle ulterior da sentença arbitral: limites

Certo. Aqui não se trata de tipos penais. Todavia, a remissão se presta a justificar a adoção de nova fórmula de pôr fim a disputas – nímia válvula de escape à instância judicial com privilegiar os princípios da autonomia da vontade e da competência-competência – não se antepondo barreira ao reexame pelo Judiciário, em sede de controle da sentença arbitral, quando envolver temas no pertinente à existência ou inexistência de violação à ordem pública, a valores e bens indisponíveis, aos bons costumes, sem, com isso, desconsiderar o monopólio da jurisdição estatal.

7. PREVALÊNCIA DO JUIZ ARBITRAL SE INSTAURADA A ARBITRAGEM

A sua validade não recebeu do STF pecha de contravir ao texto da Carta Política de 1988. Ao revés, verberou, no AgRg na SE 5.206-7-Espanha, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJU 30.04.2004, p. 29), que a Lei 9.307/1996 se compatibiliza com o Estatuto Fundamental. Por conseguinte, em arremate, consignar a citada Lei 9.307/1996 que, instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que não interfere no princípio constitucional da inafastabilidade do Estado-Juiz (art. 5.º, XXXV, da CF/1988).

7.1 As jurisdições estatal e arbitral “são complementares no limite de suas competências”

Ante o exposto, temos a Lei 9.307/1996, a Convenção de Nova York, de que o Brasil é signatário, a decisão do Colendo STF, sinalizando a sua constitucionalidade – cabe, nessa linha, envidar-se esforços para retrair a cultura tradicional entre órgãos do Poder Judiciário, de que a jurisdição é una e privativa.

Repise-se: instaurada a arbitragem, exaure-se a competência do juízo estatal.

Podem conviver as duas jurisdições? Sim, desde que cada uma atue em dada fase e em certo momento, porquanto “são

complementares no limite de suas competências”. O exercício dessas competências é que não pode ser concomitante, vale dizer, a presença de uma afasta a da outra. Sejam exemplos: as medidas cautelares e tutelas de urgência em geral se inserem na competência do juízo arbitral, assim como decidir sobre o mérito do litígio, não detendo, porém, o juízo arbitral, força coercitiva, a sua execução compete ao juízo estatal. Sob esse aspecto é que se diz que se complementam.

8. CONCLUSÃO

Por fim, pelo art. 8.º da Lei 9.307/1996, dois princípios se explicitam: o da autonomia da cláusula compromissória e o da competência-competência, que imprimem base jurídica à efetividade da cláusula arbitral, ou, por outra, constituem empecilho àqueles que, procurando afastar a obrigação pactuada de subsumir eventuais divergências ao juízo arbitral, querem tomar as vias judiciais. Deles promana a força da jurisdição arbitral equivalente à da sentença judicial.

Que se difundam as vantagens do novo sistema entre órgãos do Poder Judiciário e entidades empresariais, pela sua manifesta utilidade em ordem a desafogar o Judiciário, com menos ações, e solução mais expedita e aprimorados conhecimentos técnicos.